

*Comisión I.*

AGRUPAMIENTO DE SOCIEDADES. FENÓMENO DE  
CONCENTRACIÓN ECONÓMICA. METODOLOGÍAS  
DE AGRUPAMIENTO. REGULACIÓN JURÍDICA DEL  
AGRUPAMIENTO DE SOCIEDADES  
Y DE SUS EFECTOS

JUAN CARLOS PALMERO.

MARÍA ISABEL BISIO DE VIANO.

MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA.

1. *Fenómeno de concentración económica.*

Es un principio elemental de la economía que el hombre, obedeciendo a su instinto gregario, establece vinculaciones con sus congéneres como una manera de obtener los bienes necesarios para satisfacer sus exigencias vitales y que individualmente no alcanzaría a cubrir. De la misma manera las empresas, acuciadas por los despliegues de una tecnología superior, amenazadas por técnicas de producción y costos que en muy poco tiempo pueden restarles toda posibilidad de competencia, ensayan de encontrar los medios capaces para superar las falencias que les impiden "aggiornar" constantemente su producción.

El ejemplo está puesto con palmaria claridad por Champaud<sup>1</sup> cuando relata las peripecias que debió afrontar la pequeña y mediana empresa francesa luego de la segunda guerra mundial cuando, invadida por capitales y tecnología de procedencia norteamericana, tuvo que conseguir mediante alianzas, ententes y fusiones la dimensión necesaria para sobrevivir a las exigencias de un medio particularmente conflictivo.

<sup>1</sup> Claude Champaud, *Les groupes et groupements de sociétés. Contribution à l'étude des entreprises liées*, ed. "Les Presses Alpha", Paris, 1968.

En resumen, y siuviésemos que explicarlo brevemente, podríamos afirmar que la concentración económica, como realidad actual del proceso que siguió al "industrialismo", se exterioriza por una motorización aguda de las relaciones interempresarias que incita a las sociedades cada vez más a una estrecha vinculación jurídica, económica y social. El llamado "fenómeno de concentración económica" se halla en pleno proceso de desenvolvimiento mostrándose en la superficie por medio de la multiplicación o activación de aquellas relaciones en virtud de las cuales se intenta lograr una cada vez mayor eficiencia técnica y económica.

El proceso al cual nos venimos refiriendo ha sido prolijamente estudiado por los historiadores de la economía, quienes coinciden en ubicar su inicio en la etapa de la industrialización.

Luego de un breve período inicial con características monopólicas, el mercado de la era industrial fue un mercado de competencia (que es el estudiado por los economistas clásicos) hasta el octavo decenio del pasado siglo<sup>2</sup>. A partir de entonces, experimenta una transformación sustancial motivada —como lo reconocen la mayoría de los historiadores de la especialidad— por la utilización del vapor en los medios de transporte que produce una revolución en las comunicaciones, posibilitándolas, abaratándolas y, sobre todo, acelerándolas.

A merced de ello, caen las barreras locales y se amplían los centros de comercialización, siendo entonces posible producir desde donde resulte más favorable, sin el impedimento del alto costo de traslado.

Las pequeñas empresas locales protegidas por altos costos de movilidad ceden ante las poderosas y en expansión, desapareciendo o incorporándose al radio de éstas. La libre competencia (que nunca creemos se haya dado en forma pura o perfecta) pasa a un estadio diferente que presenta en mayor medida la forma de "oligopolio concentrado", en especial en el aspecto industrial<sup>3</sup>.

La bibliografía especializada<sup>4</sup> abunda en datos estadísticos que nos permiten conmensurar el fenómeno de concentración indus-

<sup>2</sup> Herman Levy, citado por Sylos Labini en *Oligopolio y progreso técnico*.

<sup>3</sup> P. Sylos Labini, ob. cit., p. 30.

<sup>4</sup> Fritz Sternberg, *La revolución militar e industrial de nuestro tiempo*, ps. 168 y ss.: 135 sociedades por acciones poseen el 45 % de los bienes industriales de los E.U.; en Inglaterra, 512 grandes compañías poseen el 77 % de los activos de todas las 3.200 empresas públicas (O. Sandrock, *Evolution et perspectives du droit de sociétés*, p. 425); en Alemania, el 70 % de las soc. anón. son miembros de un grupo. J. J. Servan Schreiber, *El desafío americano*.

trial, que históricamente se ha visto aún más acelerado a partir de la segunda revolución en ese terreno: la incorporación del petróleo como fuente generadora de energía.

El análisis fáctico de este proceso servirá sin duda como base útil para un estudio prospectivo de los efectos que generará en el campo de la producción —y, por consiguiente, de las políticas empresarias— la utilización con fines pacíficos de la energía nuclear. Es muy probable que ya sean avizorados.

Otros factores a tener en cuenta por su marcada incidencia en el proceso de concentración a que nos venimos refiriendo son: la búsqueda de una mayor eficiencia técnica y de la reducción de los costos de producción. Las empresas oligopólicas disponen de elevados recursos financieros propios y crediticios, que a la par que les permiten efectuar inversiones que de otro modo serían imposibles, son utilizados por ellas para influir en la distribución del crédito en el mercado; también las investigaciones en sus propios laboratorios les reditúan adelantos técnicos, que aplicados a la producción en masa permiten el logro del objetivo de la reducción de costos, coadyuvado esto último por las integraciones en cadena, mediante las cuales reducen el número de elementos que demandan externamente. No se nos escapa, por cierto, que estos factores deben jugar coordinadamente con otro de los aspectos de la técnica empresarial, cual es el del “tamaño óptimo” de la empresa, o sea, que se puede llegar a un punto en el cual el “sobredimensionamiento” resulte antieconómico<sup>5</sup>.

Con relación a todo ello es sin duda muy ilustrativo el elenco presentado por Ballivián Calderón<sup>6</sup> de los que él denomina “incentivos para la concentración económica”, y que son:

- a) acrecentar el dominio sobre el mercado, ya que en virtud de la cohesión se logra la centralización y se elimina la duplicación;
- b) la figura del “promotor”, que trata de obtener su propia ganancia por los convenios celebrados entre las partes que acerca;
- c) mantenimiento de la situación competitiva, principalmente por medio de la coalición que permita la disponibilidad de los recursos necesarios para acceder a las innovaciones tecnológicas;
- d) diversificación productiva, que se logra en especial en los “conglomerados” y coloca a la empresa en condiciones de mantener

<sup>5</sup> R. Ballivián Calderón, *La empresa capitalista*, p. 309.

<sup>6</sup> Ob. cit., p. 302.

estabilidad a pesar de las oscilaciones en la demanda de los diversos productos; a estos fines satisface igualmente la

e) diversificación geográfica;

f) incorporación a la empresa de excepcional talento ejecutivo, en unos casos, o, en otros, patentes o marcas industriales valiosas.

No debemos olvidar tampoco la acción de los Estados que en determinados momentos pueden considerar conveniente a la economía nacional la consolidación de grandes empresas y promover la concentración por medio de políticas tributarias, crediticias y arancelarias, unido siempre a un mayor o más riguroso control.

Este proceso, al que hemos enfocado en términos generales, también se ha manifestado en nuestro país. Pedro R. Skupch<sup>7</sup> analiza mediante datos estadísticos el proceso de concentración industrial en la Argentina en el período 1956-1966, arribando a las siguientes conclusiones:

1) Para el período considerado se demuestra que hay un constante aumento en la concentración industrial (concentración económica en el sector manufacturero). Medida como porcentaje de las ventas de las 100, 50 y 20 empresas más importantes sobre el total pasa del 20,8, 17,05 y 11,9 por ciento al 28,7, 23,1 y 16,2, respectivamente.

2) El mayor aumento en la concentración se produce entre 1959 y 1963, coincidiendo con la puesta en marcha de las empresas extranjeras radicadas en ese lapso. Para estos años el índice de concentración aumenta de 21,4 por ciento en 1959 a 26,4 por ciento en 1963.

3) Durante las fases descendentes del ciclo económico se registran aumentos en la concentración, mientras que en las fases ascendentes de él se registran disminuciones.

4) El aumento de la concentración coincide con una modificación de la estructura industrial, aumentando considerablemente la participación de las industrias dinámicas en detrimento de las industrias vegetativas entre las empresas de mayores ventas.

5) Dentro de las 100 mayores empresas el número de firmas nacionales ha disminuído de 86 en 1957 a 50 en 1966, siendo desplazadas por empresas en su mayoría norteamericanas.

Esta precisa información confirma el hecho que a diario intuimos en el sentido de que en nuestro país también se refleja la

<sup>7</sup> Pedro Skupch, *Concentración industrial en la Argentina*, en revista "Desarrollo Económico", n° 41.

tendencia a la concentración económica señalada en el marco mundial.

## II. Metodologías de agrupamiento.

Este fenómeno de concentración económica, someramente analizado desde un punto de vista fenomenológico y de ninguna manera axiológico, recibe principio dinámico derivado de la fuerza centripeta que potencialmente poseen las empresas y que algunas logran efectivizar cuando obtienen la convergencia en un punto —que a partir de ese momento se convierte en centro— de variados elementos que hasta entonces se hallaban dispersos. Al igual de lo que sucede “en abstracto”, las empresas como consecuencia de los émulos mencionados anteriormente, tienden también a encontrar un verdadero “punto de conexión” que materialice en la realidad esta tendencia hacia una mayor interdependencia funcional, aunque es dable destacar que tales movimientos no se manifiestan de idéntica manera ni tampoco son iguales los resultados logrados.

Dicha convergencia se estructura sobre la base de formas diversas según las distintas orientaciones tenidas en miras al concretarla.

Estas formas estructurales de agrupamiento son:

a) verticales, abarcando todos los recursos necesarios a los diversos momentos o fases del proceso productivo;

b) horizontales, o sea, acrecentando los recursos necesarios a una etapa de aquel proceso; o

c) como un “conglomerado” ecléctico, el cual ha sido más bien caracterizado por la negativa: “El término empresas conglomeradas ha sido primordialmente utilizado en economía para contrastarlo con los que designan otros tipos de empresas, y su definición es negativa en el sentido de que describe una empresa que no es horizontalmente homogénea ni verticalmente integrada. Su finalidad es, en suma, la diversificación antes que la complementación”<sup>8</sup>.

Por otra parte, así como variadísimas son las motivaciones que determinan la formación de estos complejos económicos según hemos visto en el primer capítulo, también presentan gran variedad las metodologías empleadas para ello.

Dada la variedad a la cual acabamos de referirnos, hemos considerado necesario trazarnos un plan simple y concreto para su

<sup>8</sup> Edward Corwin, *The conglomerate enterprise*, citado por Ballivián Calderón, ob. cit.

análisis. No entraremos al estudio de cada una en particular, sino que simplemente las enunciaremos sin pretensión de agotarlas, y trataremos en especial de verlas siguiendo un método comparativo.

En tren de dar el primer paso en el plan propuesto, vamos a clasificar a las metodologías de agrupamiento en virtud de dos conceptos fundamentales y señeros, cuales son la subordinación y la colaboración<sup>9</sup>.

Observando detenidamente los comportamientos se apreciará con toda nitidez que mientras en ciertas oportunidades la "concentración" se genera por la puesta en contacto de dos polos de poder de diversa magnitud, en otros casos se consigue, al contrario, mediante el equilibrio logrado por la paridad de fuerzas.

De esta forma, y como lo destaca casi unánimemente la doctrina<sup>10</sup>, el punto de conexión interempresaria obedece a dos comportamientos básicos o centrales: el de "subordinación" o el de "colaboración", términos antitéticos dentro de una dialéctica económica, pero que obran como síntomas externos de un mismo e idéntico fenómeno: el de la concentración.

Y así, tendremos en primer término las *metodologías de agrupamiento basadas en la subordinación*, en virtud de las cuales se logra o mantiene una unificación en la dirección de las actividades de los diversos entes agrupados mediante la imposición de la voluntad de una de las sociedades miembros y el detrimento de autonomía de los órganos de decisión y gestión de las restantes. Anteriormente hemos hablado del centro hacia el cual convergen elementos dispersos en el proceso de concentración; en este caso, a tal centro lo constituye la sociedad subordinante. Los empresarios así agrupados conservan independencia jurídica pero no económica, ya que quedan sujetos a la influencia dominante de otro.

A partir de la subordinación, se desprenden un conjunto de instituciones dentro del derecho privado que llegan a poner en crisis algunos conceptos que habían permanecido casi como verdad axiomática durante mucho tiempo. Sin embargo, la doctrina nos muestra cómo la subordinación afecta todo un conjunto de intereses jerárquicos que había estructurado la organización jurídica de la empresa por medio de las diversas fórmulas asociativas.

<sup>9</sup> Juan Carlos Palmero, *Unificación y armonización de la legislación latinoamericana en el campo de las empresas multinacionales*, "Rev. de Der. Com. y de las Obligaciones", 1977, p. 376.

<sup>10</sup> M. Didier, *Étude économique. Les groupes des sociétés. Contribution à l'étude des entreprises liées*, ed. "Les Presses Alpha", ps. 10 y ss.

Hoy constituye casi un problema metafísico el dilucidar hasta qué punto el recurso técnico de la personalidad moral, o sea, ese sustrato real y personal al que en mérito a un interés legítimamente protegido se le confiere la posibilidad de ser sujeto de derecho, puede sobrevivir ante la posibilidad de estar sometido bajo la dependencia económica de otra entidad o persona colectiva, circunstancia ésta que abre una serie de interrogantes, muchos de ellos aún en pleno proceso de elaboración. Recuérdese en este sentido el pensamiento de Finzi<sup>11</sup> cuando refiriéndose al control abusivo formula una metáfora de gran elocuencia: así como un hombre no puede constituirse en objeto de dominio de otro sin incurrir en la vilipendiada institución de la esclavitud, una persona jurídica tampoco puede hallarse en igual situación sin que se produzca el mismo resultado. La condición de sujeto de derecho no se compadece con el control cuando éste es ejercido abusivamente y que lo convierte en objeto de dominio de otra entidad. Por ello, en estos casos podrá ser de aplicación la teoría "del abuso de la personalidad"<sup>12</sup>.

Entre la metodología de subordinación y que tanto pueden responder a situaciones de hecho como contractuales, podemos citar<sup>13</sup>:

- 1) fusión, ya sea propiamente dicha o por absorción;
- 2) escisión, tanto la escisión-trasformación, la escisión-fusión o escisión-incorporación;
- 3) control, al cual puede arribarse tanto por medios jurídicos como económicos. A su vez, el control jurídico o interno, cuyo ejercicio es dable en forma directa o indirecta, se ejerce sobre la base de: participaciones mayoritarias; participaciones suficientes para formar la voluntad social; incorporación; contratos de dominación; interdependencia administrativa; "holdings de control", etc.<sup>14</sup>.

Por su parte, el control económico o externo, que puede llegar a ser tan eficiente como el jurídico, prescinde de la participación societaria y se arbitra con medidas tales como: licencias para empleo de marcas, patentes, *know-how*; concesión de créditos vinculados o excesivos; suministro de insumos indispensables para la producción; contratos en exclusividad tanto sea para provisión como para adqui-

<sup>11</sup> Finzi.

<sup>12</sup> Gervasio Colombres, *Curso de derecho societario*, ps. 39 y ss., ed. Abeledo-Perrot.

<sup>13</sup> Palmero, ob. cit., p. 382.

<sup>14</sup> Sergio Le Pera, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, ps. 233 y ss.; Giorgio Bernini, en *Évolutions et perspectives du droit des sociétés* (dir.: P. Verucoli), ps. 250 y ss.

sición de la producción; arrendamiento del activo fijo, total o parcialmente, de una sociedad por otra; etc.<sup>15</sup>.

La fusión y la escisión, que no siempre son instrumentos de subordinación, sino que pueden serlo, presentan como característica común el que todas las sociedades intervinientes, ya sea la subordinante como las subordinadas, experimentan una modificación de trascendencia que puede, incluso, llegar a la disolución de todas para la constitución de un nuevo ente; o bien, podrá consistir en disolución-aumento de capital, reducción de capital-constitución, reducción-aumento de capital. Además, en aquellas dos figuras, y como consecuencia de lo que acabamos de manifestar, no se da la participación de una sociedad en otra, sino que la vinculación se establece por medio de sus socios, que son quienes toman directamente el carácter de socios de la sociedad fusionada o escindida. En este sentido, la fusión y la escisión se diferencian del control jurídico o interno, ya que en este caso las sociedades agrupadas no experimentan ninguna modificación formal. Aun en el caso de participaciones mayoritarias, constituciones de filiales o subsidiarias, la sociedad subordinante no ve reducido su capital, sino que lo único que varía es la composición de su activo, al cual ingresan participaciones societarias en sustitución de bienes, numerarios o no.

*Metodologías de agrupamiento basadas en la colaboración*, o sea, que reciben los movimientos de concentración interempresarios en virtud de acuerdos celebrados "entre iguales". Así como en la subordinación predomina la fuerza, potencia o pujanza del más poderoso, que impone "la ley del más fuerte", en la colaboración prevalece el acuerdo de voluntades.

Este signo económico de la armonía, equilibrio o igualdad de los acuerdos de colaboración, será el frontispicio que enmarcará las relaciones que de ellos resulten, y en este sentido resulta de particular interés esta nota individualizadora, ya que, como lo señala el jurista francés François Goré, "constituye el alma" de los institutos jurídicos que reglamentan este fenómeno económico de nuestros días<sup>16</sup>.

De no mediar esta necesaria paridad de fuerzas o posibilidades será sumamente difícil que se concrete una vinculación motivada en la "colaboración", ya que si una de las empresas dispusiese de medios notablemente más poderosos, lo más probable será que ter-

<sup>15</sup> Isaac Halperin, *Sociedades anónimas*, p. 666, ed. Depalma.

<sup>16</sup> François Goré, *La filiale commune. Moyen de collaboration entre sociétés et groupes de sociétés*, Colloque de Paris, 20-21-22 février 1975, ps. 20 y ss.



mine absorbiendo o controlando a la de menor tamaño, pero nunca trabajando en mérito a una concertación.

Éstas son precisamente las razones por las que resulta tan complicado para el jurista hallar los cauces legales de forma tal de brindar una respuesta satisfactoria a las exigencias económicas actuales. Como se advertirá, se trata de construir un "nuevo orden" que llegue a compatibilizar los intereses categoriales de las fórmulas asociativas típicas con la entidad surgida del acuerdo de colaboración.

Observando la realidad se aprecia con toda claridad que esta vinculación o acercamiento igualitario entre sociedades —igualdad que no debe medirse en términos aritméticos, sino en cuanto se obtiene en razón de un objetivo común—, puede obedecer a muy diversas causas, concretarse en circunstancias dispares o generar procesos particularmente disímiles.

Esencialmente, la colaboración se logra mediante:

- 1) celebración de contratos entre empresas independientes; o
- 2) creación de un órgano común que coordine, dirija o parcialmente realice las actividades propias al objeto de cada uno de los miembros integrantes. Por ello, en la mayoría de los casos de colaboración mediante la creación de un órgano común, los empresarios agrupados deberán tener por objeto actos que se relacionen entre sí. A su vez, este órgano común tanto puede ser sujeto de derecho como carente de personería; ello depende del criterio legislativo que lo instituyó.

Por otra parte, y según sea la finalidad perseguida o la necesidad a satisfacer con su creación, este órgano común podrá tener una vigencia que se proyecte en el tiempo, con estabilidad, o bien que su duración se limite a la concreción de un cometido especial. De esto dependerá, también, la adopción de la forma de agrupamiento que mejor se adecue a una u otra situación. De esta manera, en algunos casos la colaboración reconoce cierta estabilidad o perdurabilidad en el tiempo. En otro, al contrario, responde a un motivo circunstancial o de coyuntura, cual es el logro de uno o varios objetivos determinados y, por lo mismo, transitorios en la dimensión temporal. Por todo ello, estas relaciones por sus particulares connotaciones económicas se dan generalmente en este doble sentido: o dotadas de "estabilidad" o, en cambio, de "transitoriedad" o "accidentalidad".

Relacionada íntimamente con este aspecto de la temporalidad se encuentra otra situación, cual es si el órgano común que se crea va a asumir un interés propio que, aunque relacionado con los intereses de los sujetos que concurren a su constitución, sea autónomo con

respecto a éstos y, por consiguiente, va a estar dotado necesariamente de un capital propio; o bien, si el órgano común que se cree tiene un interés totalmente dependiente del interés de sus miembros porque se constituye como mero instrumento de realización del objeto de aquéllos, por consiguiente sin objeto ni necesariamente capital propios. En el primer caso, el interés autónomo supondrá objeto y capital propios; por consiguiente, permanencia y estabilidad, de manera tal que la constitución de un ente societario aparece como medio apropiado, mientras que en el segundo supuesto no se dan los elementos de hecho que determinen la constitución de una sociedad comercial y si recurriéramos a ella sería como mera forma instrumental, por lo cual estaríamos ante un abuso del medio técnico; corresponderá, entonces, recurrir a una forma creada —o a crearse— en la cual encaje esta situación.

Estas diversas características de los comportamientos de concentración por colaboración, revestirán fundamental importancia cuando más adelante brindemos las fórmulas jurídicas para encontrar la respuesta normativa adecuada. Como es obvio, y lo reiteramos, lo permanente necesita de una instrumentación propia, al igual que lo accidental, que permitan distinguir las entre sí.

Además, debe también tenerse en cuenta que estamos analizando el problema desde una visión económica y, en consecuencia, los límites no se dan con precisión matemática. Estos desplazamientos de los grupos a veces pueden generar soluciones disímiles por meros imponderables irrelevantes, por lo cual el lector debe comprender que estas descripciones sólo sirven como resumen de las situaciones dotadas de lo que podría denominarse como de "mayor generalización".

Para ayudar a comprender los dos supuestos o situaciones hemos dejado planteadas acerca del concurso cooperativo interempresario, quizá convenga traer algunos ejemplos que ayudarán a clarificar la cuestión:

a) Supongamos una sociedad que tiene por objeto la construcción de obras viales. Su capacidad operaria en la oportunidad que estamos comentando no se halla ocupada en plenitud restandole ciertos márgenes en disponibilidad. En igual situación se halla otro empresario de similares características. Se abre una licitación para una obra pública de cierta envergadura, la que individualmente a cada una de las empresas les resultaría imposible afrontar. Ante ello, resuelven presentarse al concurso unidas mediante un "acuerdo de colaboración", ya que sumados los esfuerzos o posibilidades de ambas se hallan en condiciones de asumir la responsabilidad de la ejecu-

ción de los trabajos. Como es obvio, al margen de lo que constituye la obra a realizar, cada una de las empresas mantiene su más absoluta autonomía no sólo jurídica sino incluso funcional, pues ellas pueden seguir atendiendo sus negocios ordinarios. En igual sentido, el acuerdo queda limitado a las tareas a realizar en común, ya que entre las contratantes no existen expectativas o proyectos futuros de carácter permanente. En resumen, se busca la superación de una dificultad transitoria mediante una fórmula simple de asociación intersocietaria.

b) Vamos a ejemplificar ahora el segundo supuesto, en el cual los movimientos de concentración responden a otras finalidades o motivaciones. El ejemplo responde a casos brindados por la realidad y que serán cada vez más frecuentes según el curso de desenvolvimiento del "industrialismo" en su faz actual. Dos empresarios actúan en un mismo mercado y en términos competitivos, ya que se dedican a una misma actividad que podría ser, verbigracia, la producción de alimentos balanceados. Ante una alternativa que ofrece la plaza se perfila la posibilidad de explotar un renglón afín con sus respectivos objetos comerciales pero que estaba descuidado por ambas firmas, dado las exigencias de capital e investigaciones técnicas que habría que realizar para poder desenvolverse con éxito dentro de tal actividad. Como resultas de todo ello, los dos empresarios intentarán llevar adelante un proyecto de colaboración para lo cual se necesitará instrumentar el acuerdo por medio de fórmulas asociativas que le den estabilidad y proyección en el tiempo a tal convenio de colaboración.

Es decir que mientras en la hipótesis de la obra pública se aprecia con toda evidencia la transitoriedad y dependencia del objeto, en el segundo caso aparece la permanencia y autonomía. Estas dos maneras distintas constituyen las dos realidades básicas en virtud de las cuales puede llegarse a un acuerdo de colaboración interempresario.

Estos dos modelos hipotéticos signan, sin embargo, toda la temática de las instituciones que vehiculizan o facilitan las formas de colaboración; y en este sentido, la norma debe encontrar los mecanismos idóneos de forma tal que en vez de ser un obstáculo, se transforme en el aliciente válido para resolver las exigencias de la realidad económica.

### III. *Regulación jurídica del agrupamiento de sociedades y de sus efectos.*

Hasta el momento, y como ya lo tenemos expresado, nos hemos limitado a la descripción de una de las facetas de la conducta del hombre: en la comunidad económica y actuando como ser sociable tratando de eliminar sus propias limitaciones en la concurrencia con sus semejantes desarrollando para ello instituciones perfeccionadas.

Ahora bien, a nadie escapa el interés social que aquella conducta reviste, razón por la cual es la sociedad misma la que está interesada en fomentar, desarrollar, encauzar y reglamentar aquella actividad. Para todo ello, cuenta la sociedad, como ya sabemos, con un instrumento idóneo: el derecho, llamado a ser regulador de conductas.

En el fenómeno de concentración económica, el protagonista típico es el empresario, y en la casi totalidad de los casos el empresario colectivo, dado que la organización jurídica bajo la forma de sociedad comercial es la que más se adecua por razones múltiples a la gran empresa.

Por consiguiente, será el derecho comercial, y en especial el de las sociedades comerciales, la rama del derecho que deberá ocuparse de este fenómeno que en el campo jurídico se nos presenta como de agrupamiento de sociedades. Y deberá hacerlo, despojado de los temores de dominación por parte de personas o grupos y con la confianza y el empeño de ser el medio de que se vale la comunidad organizada para la dirección de las conductas hacia el bien común.

De ahí entonces que dentro de lo que genéricamente puede denominarse como un "derecho de grupo" o "de agrupamiento de sociedades" merezca tenerse especialmente en cuenta la conjunción igualitaria de las empresas, pues si bien en materia de subordinación aún queda mucho por hacer, en lo que se refiere concretamente a las formas jurídicas de los acuerdos intersocietarios de colaboración la situación es aún mucho más grave, y el derecho comercial, pleno de connotaciones económicas, no puede quedar bajo ningún aspecto a la zaga de una circunstancia histórica que demanda soluciones en el más breve plazo. Hacerlo *correcta* y *eficazmente*, no sólo beneficiará nuestro desarrollo económico, sino también solucionará problemas de conductas intersocietarias, con todo lo que ello significa para la seguridad de las transacciones jurídicas o, lo que es igual, de la justicia.

En este sentido, consideramos que dos son los principales tópicos a tener en cuenta: en primer lugar, la tipificación de las diversas

formas de agrupamiento que, conforme a sus principios rectores, un ordenamiento jurídico dado contemple; y en segundo lugar, la regulación de sus efectos con relación al interés social, al de los denominados socios minoritarios y al de los terceros contratantes.

En cuanto al primer aspecto, sabido es que nuestro derecho incorporó el control societario —de entre las metodologías de subordinación—, la sociedad accidental o en participación —como metodología de colaboración— y la escisión y fusión, que, como vimos, tanto pueden servir a una como a otra.

Con relación a este primer aspecto a que nos venimos refiriendo, nos interesan especialmente en esta oportunidad las figuras de colaboración y, en especial, la colaboración por medio de un órgano común, acerca de las cuales pretendemos dejar planteadas algunas bases —luego de una revisión del derecho nacional y comparado— de lo que podría constituir una actualización o “*aggiornamento*” en este sentido, ya que nuestro país, como veremos, requiere la completividad de la legislación en la materia. Y es precisamente acerca de los mecanismos o instrumentos de concentración basados en la colaboración, que corresponde nos preguntemos: ¿cuáles son las posibilidades que nuestro ordenamiento societario les brinda? ¿es que nuestro estatuto legal recientemente sancionado y que introdujo notables adelantos en buenos aspectos del tema, ha considerado específicamente las circunstancias que venimos describiendo en los párrafos anteriores?

Para responder satisfactoriamente hay que hacer una primera diferenciación: en primer lugar, se debe analizar cuáles son los márgenes posibles de participación intersocietaria, para luego estudiar los tipos o soluciones normativas concretas con respecto a la colaboración.

a) *Márgenes de la participación.* Como se desprende con toda claridad del art. 30 de la ley 19.550, las sociedades de carácter personal o *intuitu personae* pueden vincularse con otras sociedades en virtud de cualquier tipo societario, sin límite alguno en cuanto a las sociedades con las cuales pueden relacionarse y en cuanto al tipo que pueden adoptar.

Las sociedades de capital, al contrario, sólo pueden hacerlo en el marco de entidades de iguales características, lo que significa que los límites de participación horizontal se desenvuelven dentro de lo que podría denominarse como el principio de la “horizontalidad sustancial”.

Es decir, entonces, que antes de profundizar el análisis de cualquier otro problema, hallamos una valla básica que pone los límites ciertos dentro de los cuales pueden desenvolverse las relaciones entre las empresas que han adoptado un tipo societario, todo lo que constituye, en gran medida, la temática que analizaremos seguidamente.

b) *Fórmulas específicas de colaboración.* En este sentido, en el derecho nacional encontramos, por una parte, la fusión y la escisión, que si bien, como ya vimos, pueden también utilizarse como formas de colaboración, importan modificaciones sustanciales en las sociedades interesadas que no siempre serán deseadas, de manera que servirán como respuesta en muy contados casos; y por la otra, la figura anómala de la llamada "sociedad accidental" que no reviste el carácter de sujeto de derecho y mantiene a sus componentes en el anonimato, salvo en lo que respecta al socio gestor, que es el que actúa en la superficie como si obrase en forma individual.

Hay quienes han visto en esta fórmula un instrumento idóneo para servir de receptáculo a ciertas expresiones de colaboración empresarial, tanto en su configuración actual (art. 361, ley 19.550) como haciéndola funcionar por medio de un negocio indirecto que se lograría haciendo deliberadamente ostensible a los socios ocultos.

A pesar de que en algunos contados casos ello haya proporcionado buenos resultados, no tenemos ninguna duda acerca de que esa figura no cumple ni siquiera medianamente con los requerimientos del mundo de los negocios y, en especial, con la intensidad con que se exterioriza el fenómeno en nuestros días.

De ninguna manera podemos decir que el derecho vigente otorga soluciones valederas, e incluso más, pensamos que en este sentido estamos peligrosamente atrasados y, como lo dijo ya uno de los autores<sup>17</sup>, el cuerpo normativo no puede transformarse en un obstáculo, sino al contrario, debe constituir el vehículo idóneo que reglamente los impulsos de creatividad de una sociedad.

Pero no seríamos justos al concluir este punto sin que despejásemos una duda que podría quedar latente en la comprensión acabada del tópico y que se traduce en este interrogante: ¿cómo es posible que habiéndose sancionado una ley tan concentrada y que aborda algunos aspectos sobresalientes de la concentración económica con notable acierto, se haya omitido justamente esta otra variante del mismo fenómeno?

<sup>17</sup> Palmero, ob. cit.

se pudieran asemejar a los casos en que también a la *partnership* (colectiva) sí se la reconoce como tal.

e) *Ausencia de la necesidad de compartir las pérdidas.* Al contrario de lo que ocurre en la colectiva, en la *joint venture* podría darse el caso de que no se compartieran las pérdidas<sup>52</sup>. En un caso registrado en las cortes de Delaware<sup>53</sup> se quiso probar que sólo existía una mera relación contractual, y no una *joint*, ya que no existía en el contrato provisión expresa de que la parte demandada compartiría las pérdidas, dejándose sentado que sí existía *joint venture*, ya que de los términos del contrato se podía inferir tal hecho. Sin embargo, cabe agregar que un número considerable de jurisdicciones han establecido que aunque el compartir las pérdidas no sea un requisito esencial, sí es algo incidental para la *joint venture*.

f) *Acciones que surgen del contrato.* La mayoría de las cortes distinguen<sup>54</sup> entre las acciones que les caben a los miembros de la *joint venture* y las que corresponden a los socios en la colectiva. Así, los aventureros tienen generalmente derecho a demandarse unos a otros en relación al contrato, mientras que los socios ordinariamente no lo harán en virtud de él, sino que deberán exigir una rendición de cuentas. Sin embargo, a veces las cortes también han hecho lugar a la rendición de cuentas en una *joint venture* cuando las transacciones financieras estuviesen muy complicadas.

g) *La muerte de un integrante de la "joint venture" no necesariamente la da por terminada*<sup>55</sup>. O sea que generalmente se ha sostenido que la *joint venture* sobrevive a sus miembros, salvo que su actividad personal sea esencial a la continuación de ella. A diferencia de ésta, la colectiva no sobrevive a la muerte del socio. También se ha sostenido que el acreedor de la *joint*, como el de la colectiva, no podría demandar a la sucesión de un integrante respecto de las obligaciones contractuales de la empresa sin antes demostrar la imposibilidad de cobrarse de los miembros sobrevivientes o del activo de ella.

Con lo anteriormente expresado, creemos haber hecho un esbozo de la elaboración jurisprudencial norteamericana a la luz de ella y de la doctrina del mismo origen, cunas de la *joint venture*. Queda sólo por agregar que a pesar de que a partir de la 2ª guerra mundial, las compañías norteamericanas se han relacionado entre sí

<sup>52</sup> 46 "Am. Journal" 2d., n° 13.

<sup>53</sup> Jaeger, ob. cit., p. 21.

<sup>54</sup> Jaeger, ob. cit., p. 21.

<sup>55</sup> Jaeger, ob. cit., ps. 22 y 23.

cada vez más por medio del "joint business venture" y con compañías extranjeras, todavía en la actualidad no se ha fijado un criterio respecto a la aplicabilidad o no, a tales *joint ventures* de las "Sherman Act", "Clayton Act" y "Federal Trade Commission Act". No obstante, es de destacar que los departamentos de antitrust ya han comenzado a considerar la posibilidad de responsabilizarlas bajo la ley de Antitrust<sup>56</sup>.

## 2. *El derecho francés.*

El *derecho francés* ha estructurado su propia solución legal mediante los *grupos de interés económico*<sup>57</sup>, regulados por la ordenanza 67-821 del 23/9/67. Sus principales características son:

— Personalidad. Son personas jurídicas constituídas sobre las bases de la privacidad y la autonomía de la voluntad. Adquieren este carácter a partir de su inscripción en el Registro de Comercio. A pesar de que los GIE pueden ser tanto civiles como comerciales —ello depende de su objeto—, todos están obligados a esta inscripción y tienen los mismos derechos y obligaciones que los comerciantes. Se diferencian de las sociedades en que no tienen por objeto esencial la realización y participación en los beneficios, y de las asociaciones, en que no se consagran a actividades desinteresadas.

— Objeto. El GIE debe ser constituido en vista al desarrollo de la actividad económica de sus miembros y no podrá dedicarse a ninguna otra que no sea la relacionada con la de aquéllos. La finalidad para la cual se crean no es desinteresada desde el punto de vista de sus componentes, que siempre tratan de obtener un beneficio del GIE, pero puede ser desinteresada desde el punto de vista de éste. Puede darse que de la actividad del GIE se desprendan también, accesoriamente, beneficios para éste; ello no está prohibido; lo que sí prohíbe la ordenanza es que el GIE tenga por objeto principal la realización de beneficios. "Un GIE no debe ser utilizado en lugar de una sociedad, pues éstos dos instrumentos técnicos son intercambiables".

— Capital. Pueden constituirse con capital o sin él. No es necesaria la aportación para la formación del GIE. Como toda persona, tendrán un patrimonio, conjunto de derechos y obligaciones cuya titularidad ejercen.

<sup>56</sup> Roberto G. Sproul Jr., *United States antitrust laws and foreign joint ventures*, "Antitrust Laws", september 1968, vol. 54, 889.

<sup>57</sup> Yves Guyon y Georges Coquereau, *Le groupement d'intérêt économique*; Jean-Pierre Guyénot, *Los grupos de interés económico*.



— Constitución. Pueden estar integrados tanto por personas físicas como jurídicas, comerciantes o no, pero sus miembros deberán realizar una actividad económica. La ordenanza del 23/9/67 otorga gran libertad y flexibilidad en la constitución del GIE. Se limita a algunas disposiciones imperativas, sobre todo en protección de los terceros. Además de los datos identificatorios de sus miembros, el acto constitutivo —que debe inscribirse en el Registro de Comercio— deberá contener: la denominación seguida de la frase: “Groupement d'intérêt économique, régi par l'ordonnance du 23 sept. 1967”; el plazo de duración, objeto y domicilio.

— Responsabilidad de los miembros por las deudas del GIE. Reúne las siguientes características: a) legal; b) requiere la previa constitución en mora del GIE; c) ilimitada; d) solidaria, salvo pacto en contrario. Si se pactó la no solidaridad, el miembro del grupo que se haya comprometido ante el tercero es el único que responde de la deuda con su patrimonio propio.

— Asambleas. La ordenanza les reconoce el carácter de soberanas, dejando amplia libertad para su organización y reglamentación por el acto constitutivo. Si éste nada dijera, las decisiones se adoptarán por unanimidad y cada miembro será titular de un voto. Las decisiones serán nulas si violaren las disposiciones imperativas de la ordenanza o del contrato o si fueren adoptadas abusivamente por la mayoría contrariando los intereses del grupo o en perjuicio de la minoría.

— Administración. Sólo podrán ejercer estas funciones personas físicas, miembros del grupo o no. Sus facultades son amplias dentro del ámbito del objeto y las limitaciones contractuales no son oponibles a terceros. Los administradores responden ante el GIE, sus miembros y los terceros por los perjuicios causados en virtud de falta cometida en su gestión y en violación de la ley o del contrato y de la cual se derivare un daño directo y cierto.

— Control. La ordenanza del 23/9/67 prevé un doble control de cuentas y de gestión.

— Emisión de obligaciones. Para ello debe mediar resolución de la asamblea del grupo y éste estar integrado exclusivamente por sociedades por acciones o personas del derecho público autorizadas para emitir obligaciones. Los fondos del empréstito tanto pueden ser utilizados por el grupo como distribuidos entre sus miembros.

— Transformación. La ordenanza del 23/9/67 posibilitó la transformación en GIE —mediante ventajas tributarias concedidas por un período de tiempo posterior a su promulgación— de todas aque-

Has personas jurídicas cuyas características coinciden con las del GIE, pero que habían debido adoptar otra forma por no existir ésta. Por otra parte, se dispone que una sociedad o una asociación se pueden transformar en GIE sin dar lugar a la creación de una nueva persona.

— Ventajas fiscales. Se conceden atrayentes ventajas fiscales, tanto para la constitución, distribución de utilidades, cesión de derechos y disolución.

— Concurso preventivo o quiebra. El GIE puede ser declarado en concurso preventivo o quiebra y se le aplican las normas del derecho común.

— Concurso preventivo o quiebra con respecto a los miembros del GIE. El art. 97 de la ley 13/7/67 dispone que la sentencia que constate la cesación de pagos de una persona moral produce sus efectos con respecto a todos los asociados cuando ellos sean ilimitada y solidariamente responsables y pronuncia contra cada uno de ellos, sea el concurso preventivo, sea la quiebra.

— Concurso preventivo o quiebra con respecto a los dirigentes, miembros del grupo. En virtud del art. 101 de la ley del 13/7/67 pueden ser declarados personalmente en concurso preventivo o quiebra si ellos han realizado actos de comercio en interés propio bajo la cobertura del grupo o si dispusieron bienes de éste como propios o si prosiguieron —en su interés— una explotación deficitaria. Igualmente, pueden ser declarados culpables.

— Concurso preventivo o quiebra con respecto a los dirigentes, no miembros. Están sometidos a las mismas reglas. Puede darse el caso en que, aun sin ser miembros deban cargar con el pasivo. Esta responsabilidad no es de derecho común sino que reposa en una presunción de falta en el administrador que puede liberarse mediante prueba en contrario.

— Concurso preventivo o quiebra con respecto a quienes ejercen el control. Están sometidos a las reglas de derecho común sobre responsabilidad civil: responden por daños y perjuicios.

### 3. *Derecho español.*

La ley del 29 de diciembre de 1963 prevé dos figuras, la sociedad anónima de empresas y la agrupación temporal de empresas.

a) *Sociedad anónima de empresas*, que debe adoptar como forma de constitución la de la sociedad anónima.

— Miembros. Podrán serlo tanto las sociedades como los empresarios individuales.

— Objeto. Por expresa limitación legal sólo podrán tener por objeto:

- expansión, modernización y racionalización de las instalaciones productivas;
- aportación y adquisición de maquinaria y otros bienes de equipo para su utilización conjunta o particular;
- promoción de ventas;
- investigación;
- estos objetivos sólo podrán ser ampliados posteriormente por acto administrativo.

— Constitución. Es de señalar que en el acto constitutivo deberá constar que los fundadores no se reservan ventajas; que los títulos serán siempre nominativos; la cifra de valoración que cada socio atribuye a su empresa; la obligación de los miembros de mantener la unidad económico-jurídica de sus empresas; las cláusulas de garantía para el supuesto de resolución parcial; la obligación de informar el balance censurado de cada uno de los socios.

— Limitaciones a las participaciones. Para evitar el control por parte de alguno de los accionistas, la ley prohíbe participaciones que excedan el tercio del capital de la SAE y, además, cada miembro no podrá destinar a la participación en esta entidad más del treinta por ciento de su capital.

— Emisión de obligaciones. Se faculta a la SAE a emitir obligaciones que reconozcan o creen una deuda con límite en la capacidad financiera de los socios. Deberá establecerse la cuotaparte con que cada entidad participa en el empréstito, que no podrá ser superior a su capital. En este caso los accionistas de la SAE responderán subsidiariamente de sus respectivas cuotapartes con todos sus bienes presentes y futuros. Además, en proporción a su cuotaparte deben cubrir la falencia de algún coasociado.

— Ventajas fiscales. Consistentes en bonificaciones de hasta el noventa y cinco por ciento por la constitución, modificación, ampliación y disolución de la SAE, por la distribución de dividendos, etc.

b) *Agrupación temporal de empresas.* Podrán adoptar esta forma los empresarios que se agrupen temporalmente con el fin de lograr un mejor desarrollo o ejecución de una obra.

— Naturaleza jurídica. La ley del 28 de diciembre de 1963 no les reconoce expresamente personería. Por nuestra parte, y especialmente en virtud de las disposiciones del art. 7, inc. d, consideramos que no son sujetos de derecho.

— La agrupación debe convenirse por escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil. Los empresarios agrupados deben labrar un programa de la unión que contendrá: objetivos; forma; actividades; medios; duración; pactos que han de regular la coalición y beneficios o ventajas que desean obtener, con expresión de su extensión y duración.

— Denominación. Constará del nombre de uno o varios de los empresarios, al que se añadirá la expresión “y empresarios agrupados”.

— Gerente. Para ejercer los derechos y contraer las obligaciones necesarias para el logro de los fines de la unión, existirá un gerente único con poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros.

— Responsabilidad frente a terceros. Solidaria, sin perjuicio de los pactos que libremente puedan establecer en la escritura de constitución en orden a una depurada responsabilidad y garantía entre las partes y para con terceros.

— Gozan de beneficios fiscales por resolución del Ministerio de Hacienda y la vigencia de estos beneficios será idéntica al de la obra o servicio que constituya el objeto de la UTE, pero siempre con el límite máximo de diez años, que excepcionalmente y mediante resolución estatal podrá prorrogarse por dos años más.

#### 4. *Derecho italiano*<sup>58</sup>.

El Código Civil italiano ha acogido como forma de colaboración entre empresas la del *consorcio*. El art. 2602 nos da el siguiente concepto: “El contrato de consorcio es el contrato celebrado entre varios empresarios que ejercen la misma actividad económica o actividades económicas conexas; estos contratos tienen por objeto la reglamentación de sus actividades, gracias a una organización común”.

— Elementos esenciales: a) los cocontratantes deben ser empresarios; b) el objeto del contrato debe ser la reglamentación de actividades económicas; y c) el modo de obtener esta reglamentación debe ser una organización común.

— Naturaleza jurídica. A pesar de que de los términos del art. 2602 pareciera ser un contrato, la doctrina italiana discrepa acerca de su naturaleza, llegando algunos<sup>59</sup> a reconocerles a los consorcios con actividad exterior el carácter de sujetos autónomos de derechos y obligaciones ante los terceros. Al respecto, la resolución mi-

<sup>58</sup> A. Brunetti, *Tratado del derecho de las sociedades*, t. I, ps. 44 y ss.

<sup>59</sup> Bernini, ob. cit., ps. 274 y 275.

nisterial dice: "Al dictar la ordenación de los consorcios, el Código ha debido, ante todo, preocuparse de distinguirlo de otras figuras afines. En primer lugar, distinguirlos de los contratos celebrados entre dos o más empresarios que se ponen de acuerdo para moderar la competencia, sin alcanzar una común organización administrativa. En segundo lugar, son distintos de las agrupaciones de empresarios que tienen por fin el ejercicio en común de una actividad económica con el objeto de dividir los beneficios obtenidos, o sea, que constituyen en el lugar de sus empresas particulares, una nueva empresa social".

De manera que se trata de hipótesis intermedia entre los simples contratos y la constitución de una sociedad, dado que no es el ejercicio en común de una actividad económica ejercida con finalidad lucrativa, sino la regulación de las actividades de varias empresas que intentan fortalecer la propia eficiencia.

— Clases. La organización común puede revestir dos formas: a) organización puramente interna de la actividad y de las personas concurrentes para la consecución del fin del consorcio; y b) organización que exige la creación de una oficina destinada a desarrollar, por cuenta de los consorciados, una actividad con terceros. Este último es el consorcio propiamente dicho. Es el del cual puede decirse que constituye un organismo autónomo con patrimonio propio, representación legal y contrae responsabilidad ante terceros.

— Fondo común. Puede o no ser necesario un fondo común, el cual no puede ser asimilado al patrimonio autónomo de la sociedad; presenta mayor analogía con el fondo común de las asociaciones no reconocidas (en el sistema italiano).

— Constitución. Se constituye mediante la celebración de un contrato plurilateral.

##### 5. *Derecho brasileño.*

La ley de sociedades anónimas, nº 6404, del 15 de diciembre de 1976, regula en el capítulo XXI los grupos de sociedades, y en el capítulo XXII los consorcios. Los grupos de sociedades pueden ser constituídos entre la sociedad controladora y sus controladas, o sea que suponen una relación de subordinación, razón por la cual en esta parte de nuestro trabajo no nos interesan, dado que nos estamos refiriendo ahora a determinada forma de colaboración: mediante la creación de un órgano común con el objeto de facilitar o desarrollar el objeto propio de cada uno de sus miembros. Por ello en esta

oportunidad nos detendremos en los *consorcios*, conforme están regulados en la ley brasileña:

— Naturaleza. El consorcio no tiene personalidad jurídica.

— Objeto. La ejecución de una empresa" determinada.

— Miembros. Pueden serlo las sociedades anónimas y cualquier otra sociedad.

— Constitución. Por contrato inscrito en el Registro de Comercio que deberá contener: a) la designación del consorcio si la tuviera; b) la "empresa" que constituye su objeto; c) duración; d) las obligaciones y responsabilidades de cada sociedad consorciada y las prestaciones específicas; e) normas sobre forma de deliberar y adoptar decisiones; f) normas sobre administración, representación y contabilidad; g) contribución de cada consorciado a las expensas comunes si las hubiere.

— Responsabilidad de las sociedades consorciadas. Éstas solamente se obligan en las condiciones previstas en el respectivo contrato, respondiendo cada una por sus obligaciones sin presunción de solidaridad.

— Efectos que produce la quiebra de una de las consorciadas. La falencia de una de las consorciadas no se extiende a las demás, subsistiendo el consorcio con las otras contratantes.

## 6. *Derecho alemán.*

La Ley de Sociedades por Acciones de la República Federal de Alemania del 6 de setiembre de 1965 prevé las siguientes clases de contratos de empresas:

1) contrato de dominación: una sociedad subordina a otra la dirección de su sociedad;

2) contrato de pago de beneficios: una sociedad se obliga a pagar a otra todos sus beneficios o una sociedad acepta regir su empresa por cuenta de otra;

3) contrato de comunidad de ganancias: una sociedad se obliga a juntar total o parcialmente sus ganancias o las de algún otro establecimiento con las ganancias de otra empresa o de alguno de sus establecimientos para dividir las entre sí;

4) contrato de entrega total o parcial de ganancias de una empresa a otra;

5) contrato de arriendo o de cesión de establecimiento;

6) contrato por el cual empresas no dependientes entre sí se obligan contractualmente a una dirección unitaria sin que ello suponga subordinación de una empresa a otra.

Por cuanto hemos venido diciendo, se advertirá inmediatamente que es este último supuesto el que en especial nos interesa en esta ocasión.

— Celebración del contrato y modificaciones. Requiere la aprobación de la Junta General de las respectivas sociedades que fueren por acciones con una mayoría mínima de las tres cuartas partes del capital y debe ser inscrito en el Registro Mercantil para su eficacia. Igualmente se ha de inscribir la conclusión.

— Resolución y denuncia. Salvo que mediaren motivos importantes, el contrato de empresa puede denunciarse al fin del ejercicio económico o del plazo de expiración contractual y precisa la forma escrita. Cuando la resolución o denuncia afectare a un grupo de accionistas se requerirá el acuerdo especial de éstos.

Ahora bien, para el derecho alemán todo agrupamiento de empresas bajo dirección unificada constituye "*Konzern*" o grupo de empresas. Y, como ya vimos *supra*, la unificación de la dirección puede ser objeto de los contratos de empresa tanto en el contrato de dominación como en aquel por el cual empresas no dependientes entre sí se obligan a una dirección unitaria. Por consiguiente, el *Konzern* puede constituirse entre subordinante y subordinadas o entre empresas independientes. En este último caso, la sociedad gestora puede ser una sociedad anónima extraña al contrato y cuyas acciones se encuentren en manos de las contratantes, o también podrá ser una sociedad civil que en derecho alemán, no tiene personería jurídica<sup>60</sup>. Para este supuesto de *Konzern* entre empresas independientes, según nos dice O. Sandrock<sup>61</sup>, el legislador no tuvo necesidad de dominación o de transferencia de beneficios.

— Rendición de cuentas en el *Konzern*. Si la empresa que ejerce la dirección unitaria es sociedad por acciones domiciliada en el país, debe presentar balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria del *Konzern*. Si la sociedad rectora no es sociedad por acciones, las integrantes que sean sociedades por acciones domiciliadas en el país deberán presentar esos estados del *Konzern* parcial. El balance debe reunir el balance de la sociedad rectora y de las demás integradas, al igual que en la cuenta de pérdidas y ganancias que ha de englobar las cuentas de pérdidas y ganancias de la dominante y demás empresas integradas. Puede resultar de interés señalar que en este últi-

<sup>60</sup> O. Sandrock, *Les groupements de sociétés en droit allemand*, en *Evolution et...*, ps. 438 y 439.

<sup>61</sup> Ob. cit., p. 439.

mo estado contable, una de sus partidas debe ser: pérdida del *Konzern*, y otra, beneficio del *Konzern*.

— Control. Es importante destacar que estos grupos están sujetos a un control público.

7. — Habiendo considerado las diversas formas en virtud de las cuales los ordenamientos jurídicos extranjeros han admitido y tratado de responder a las acuciantes cuestiones que plantean los acuerdos por colaboración, no podemos silenciar las preocupaciones manifestadas por el *derecho nacional* —en especial sus juristas— en torno de este problema. En tal orden, se han planteado tanto soluciones de *lege ferenda* como de *lege lata*. Entre ellas mencionaremos:

a) *De lege ferenda*.

1. — Proyecto emanado del Ministerio de Justicia en el año 1973 para la modificación del art. 30 de la ley 19.550. Conforme a él, dicho artículo quedaría redactado de la siguiente manera: “Las sociedades anónimas y en comandita por acciones, sólo pueden formar parte de sociedades por acciones. También pueden formar parte de sociedades accidentales o en participación. En este último supuesto su responsabilidad se regirá por las disposiciones del art. 362, aunque no actúen como gestores o no concurra el supuesto del art. 363”.

La reforma propuesta fue así fundada por el Ministerio auspiciante: “De acuerdo con el art. 30 de la ley 19.550, las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones. El proyecto excluye de la limitación a las sociedades accidentales o en participación, que por sus especiales características resulta razonable permitir que estén integradas por sociedades por acciones”. Nada dice esta fundamentación acerca de la disposición del último párrafo ya que éste fue incorporado *a posteriori*<sup>62</sup>.

2. — Propuesta de modificación del art. 30 de la ley 19.550 formulada en el año 1976 por la Cámara de Sociedades Anónimas de la Capital Federal en los siguientes términos: “Las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones o de responsabilidad limitada. También pueden formar parte de sociedades accidentales o en participación, en este caso su responsabilidad se regirá por las disposiciones del art. 362 aunque no actúen como gestores o no concurra el supuesto del art. 363”.

<sup>62</sup> Halperin, “Rev....”, p. 143.



3. — El Dr. Guillermo Eduardo Matta y Trejo, en ponencia presentada a las Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho realizadas en Punta del Este —Uruguay— en el corriente año de 1977, propicia la regulación, por nuestro derecho, de los “consorcios” o *joint ventures*, los cuales no deben ser considerados como sujetos autónomos de las “empresas” que lo integran sino como “contratos”, en los que se debe destacar la idea de coordinación o cooperación en pos de un objetivo u obra específica y la duración de ellos dependerá de la operación, o sea, de la finalización de éstos. Para la administración y representación plantea la designación de un mandatario que representará a todos los integrantes pero no al “consorcio”. La responsabilidad de los mandantes sería solidaria, salvo convención en contrario conocida por el tercero contratante.

4. — El Dr. José Manuel Saravia (h.)<sup>68</sup> propicia la “urgente reforma” de la Ley de Sociedades. Llega a esta conclusión luego de analizar la relación existente entre las sociedades accidentales y las *joint ventures*, concluyendo que, debido a la exigencia del art. 30, L.S., este tema viene a ser de interés sólo teórico dentro de nuestra legislación actual.

#### b) De lege lata.

1. — El Dr. Juan Ricardo Laguinge, en su meritoria tesis doctoral titulada *Los consorcios empresarios y el art. 30 de la Ley de Sociedades*, luego de sostener que el contrato de vinculación empresaria —que no tiene por qué ser societario, ya que no puede asimilarse a ninguno de los negocios típicos de nuestro ordenamiento, y proponer un contrato plurilateral que discipline la actividad de las empresas— nos da su solución *de lege lata* por la vía del mandato otorgado a una tercera sociedad que actúe por aquéllas. En la escritura de mandato y en el contrato de la sociedad mandataria se regulará el modo de actuación de los componentes de lo que —según Laguinge— se ha dado en llamar “consorcio”.

#### Conclusión.

Ante todo lo hasta aquí manifestado, corresponde dejar expresadas algunas conclusiones que integrarán la primera parte de nuestra ponencia al Primer Congreso de Derecho Societario.

Consideramos, sin ninguna duda, que debe avanzarse con relación a la posición sustentada por nuestra Ley de Sociedades en el

<sup>68</sup> “La Ley”.

sentido de encontrar formas legislativas que vehiculicen los acuerdos de colaboración interempresaria.

Esta posición francamente positiva hacia el logro de una concreción legal no debe significar un riesgo para nuestro ordenamiento societario ni menos aún para el sistema de tipología cerrada en él previsto, sino que, al contrario, la norma propiciada debe complementarse con aquél.

En orden a ello, dejaremos sentadas las siguientes *bases* de regulación de fórmulas de colaboración para el logro de uno o varios objetivos determinados y concretos y sin que afecte el desenvolvimiento normal de los componentes del grupo de colaboración:

1. — Denominación: La denominación sugerida "*agrupamiento de colaboración empresarial*" —ACE— es meramente tentativa.

2. — Naturaleza jurídica. Se le reconoce personería jurídica, y su alcance estará determinado por la ley que lo instituye y su objeto.

3. — Miembros. Podrán serlo tanto personas físicas como jurídicas, en número no menor de dos. Estas últimas mantienen su personalidad. Los integrantes del ACE deberán tener todos una actividad conexas o complementaria entre sí, y además, con relación al objeto de aquél.

4. — Objeto. Lograr mayor eficiencia en la actividad económica de sus miembros. El ACE no da lugar a la organización de una empresa unitaria e independiente, sino que representa una actividad coordinada de varios empresarios autónomos y distintos.

5. — Capital. Por lo dicho en 4, pueden tener o no capital, y en su caso, éste será variable, dado que los beneficios surgen de la explotación en grupo de las potencialidades propias, y no de la explotación en común de un fondo (cual sería el caso de la sociedad).

6. — Responsabilidad. En relación con el planteo precedente, la responsabilidad de los integrantes será ilimitada y solidaria.

7. — Constitución. Por contrato escrito cuyo contenido mínimo debe ser determinado legalmente. Se requerirá la inscripción en el Registro Público de Comercio, en un protocolo especial. Lo mismo con respecto a las modificaciones. El ACE, como ya dijimos, debe ser un medio para la eficiencia; por lo tanto, ágil y flexible, por lo cual la ley que lo regule debe otorgar amplio margen a la autonomía de la voluntad.

8. — Administración y representación. Los actos de los administradores y representantes se imputan al ACE, salvo que sean notoriamente extraños al objeto. Las limitaciones contractuales no son oponibles a terceros, salvo la organización de la administración y

representación en forma plural. La deslealtad los hace incurrir en responsabilidad solidaria e ilimitada por los daños causados.

9. — Asambleas. El contrato constitutivo determinará su régimen. La ley deberá prever reglamentación supletoria.

10. — Control interno. Cada miembro tiene derecho a efectuarlo. Si una sociedad anónima fuere integrante, a este control lo ejercerán el directorio y el síndico o consejo de vigilancia de ella.

11. — Control externo. Cuando una de las partes, o varias, estuvieren sometidas a control estatal, también será pasible de tal control el ACE.

12. — Contabilidad. Los estados contables del ACE y de sus miembros y en las memorias de directorio e informes de síndico, cuando así correspondiera, deberán ser confeccionados conforme a técnicas contables que proporcionen una información acabada y completa de los resultados de la actividad del grupo.

13. — Para el caso en que se considerara que es de interés público la publicitación de estas uniones empresariales, deberá apelarse al incentivo de las ventajas fiscales.

#### B) *La filial común*<sup>64</sup>.

Hemos llegado así al segundo de los puntos en que centraremos especialmente nuestro análisis, no sólo por la importancia que reviste el instituto como metodología de concentración por colaboración, sino también porque creemos que un adecuado conocimiento de su funcionamiento o estructura puede brindar soluciones inmediatas a los problemas que venimos reseñando desde el comienzo.

No debe dejar de tenerse en cuenta que la filial común es un instrumento de colaboración que se brinda dentro del marco del derecho societario, lo que significa una ventaja en gran medida, dado que, según lo visto, los márgenes de participación posible son irrestrictos en este sentido; salvo la ya comentada limitación impuesta por el art. 30 de la ley 19.550.

Además, es una solución que puede entrar a funcionar, si se quiere, enseguida, aunque debemos reconocer que si se lograsen ciertos adelantos en la legislación por un tratamiento específico, podrían alcanzarse mejores resultados.

<sup>64</sup> Para la confección de este capítulo se ha tenido especialmente en cuenta el valioso material obrante en *La filiale commune moyen de collaboration entre sociétés et groupes des sociétés*, ed. Libraires Techniques, Paris, 1975, y que condensa conclusiones y trabajos presentados al "Colloque de Paris", de los días 20-21-22 de febrero de 1975.

Por último, hay otro argumento más en su favor: cuando el legislador de 1972 desechó incorporar en la Ley de Sociedades la figura de las *joint ventures* o acuerdos accidentales de participación, lo hizo en alguna medida porque pensaba que dentro del marco normativo vigente —o sea, el estatuto societario— cabían formas de colaboración interempresaria como para resolver los problemas más agudos, al menos.

Pero pese a lo expuesto precedentemente, lo cierto es que en nuestro país el instituto no ha funcionado como se esperaba. En alguna medida parece que lo que más se da en la realidad son acuerdos o uniones accidentales más que las estables o permanentes y, como hemos visto, las primeras no tienen respuesta dentro de la normativa actual.

Ello no obstante, pese a los inconvenientes prácticos que ofrece, sobre todo en lo que respecta a la creación de una sociedad nueva o utilización de una tercera ya en funcionamiento con los gastos que todo ello exige, la filial común ofrece dos ventajas fundamentales: por un lado, brinda la posibilidad de obtener una fórmula asociativa clásica para encauzar el objetivo común, o sea que se logra no sólo la calidad de sujeto de derecho, sino también la de persona jurídica en sentido técnico y conforme a los tipos previstos en la ley, lo que brinda un margen de seguridad considerable.

En otro sentido, se alcanza una perfecta diferenciación entre la autonomía funcional de los empresarios componentes de la filial común y esta última, evitándose toda suerte de confusión o interrelaciones dudosas entre las actividades de cada una de las personas colectivas. Esto trae también una consecuencia nada desdeñable, cual es la obtención de la limitación de la responsabilidad de forma tal que si no se producen las hipótesis de “abuso de poder” o utilización abusiva de la filial común, los riesgos empresarios de ésta y los de cada una de sus controlantes son absolutamente independientes; es decir, se tabica —como lo denomina la doctrina francesa— la responsabilidad civil de los componentes del grupo.

Pero estas notas o lineamientos generales no alcanzan a mostrar el verdadero sentido de la filial común. Por ello trataremos de delinear lo que podría denominarse su contexto económico, ya que de esta manera será viable apreciar en toda su dimensión la trascendencia de que está dotada como metodología de agrupación por colaboración.

La filial común tiene la virtud de instrumentar en la realidad la tan mentada “sociedad de sociedades”. Así, como dos personas

físicas reúnen capitales y técnicas en pos del logro de un beneficio, de la misma manera las sociedades, exigidas por una realidad económica determinada, se ven precisadas a asociarse para alcanzar metas comerciales, financieras, de investigación o técnicas.

En este sentido, la necesidad de comportarse a través de la colaboración puede tener una dimensión tanto nacional como internacional, en la misma forma y manera como sucede siempre en todo lo relativo al "derecho de grupos".

Por ello, y partiendo siempre de la realidad, traeremos en forma puramente enunciativa las manifestaciones más frecuentes de la filial común dentro del campo económico:

a) *Comercialización*. En no pocas oportunidades, dos empresas necesitan servirse de ciertas organizaciones de venta, tanto dentro del país donde tienen su sede como fuera de él. Montar una empresa les resulta sumamente oneroso o, ¿por qué no decirlo?, difícil de controlar, ya que como es obvio, tendrá que encontrarse fuera de sus respectivos radios de acción.

La solución la encontrarán, como es obvio, mediante la creación de una filial común, constituida en virtud de un acuerdo igualitario, y de esta manera su implementación y funcionamiento les resultará mucho más simple y con un costo dividido según las partes que la integren.

En este caso, al cual puede llegarse por medio de una fusión de las comerciales o por creación de una nueva sociedad, la concentración tiene objetivos exclusivamente comerciales.

b) *Fabricación*. En otros casos nacen como consecuencia de la llamada fabricación en serie, fenómeno que se configura en los complejos industriales de producción estandarizada.

A estas grandes organizaciones les surgen necesidades de productos terminales o intermedios que no llegan a producir dentro de sus propias estructuras.

En la industria del automotor existen muchos ejemplos en este sentido, ya que ciertas piezas, por su grado de complejidad, exigen el montaje de una estructura que construída en forma compartida torna más redituable su explotación. En Francia han llegado a estas soluciones fábricas como Peugeot, Renault, Citroën y Volvo sobre partes que componen los vehículos, tales como la suspensión, los tableros, faros, sistema eléctrico, etc.<sup>65</sup>. Dentro de la industria petrolera se han constituído filiales comunes para la implantación de

<sup>65</sup> C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Ed. Sirey, Paris, 1962, pto. 354, p. 269.

refinerías de alto costo de fabricación y mantenimiento que puede ser amortizado en virtud de una explotación conjunta, prestando servicios a las sociedades componentes del grupo.

c) *Aprovechamiento de actividades accesorias.* Es el caso a que hicimos alusión en el punto II de este trabajo. No volveremos sobre él, pero reiteramos aquí lo dicho en aquella oportunidad, que en este renglón, o sea, el aprovechamiento de márgenes residuales del mercado, la filial común encuentra un campo de acción realmente notable.

d) *Investigaciones tecnológicas.* Muchas empresas se ven permanentemente en peligro de quedar totalmente marginadas en poco tiempo si la competencia obtiene progresos tecnológicos que le brindan inmediatamente una respuesta multitudinaria de los consumidores. Este riesgo lo vivió particularmente la incipiente industria europea de la posguerra cuando se vio invadida por las empresas norteamericanas que hacían sus inversiones en el continente, como lo vimos al comienzo.

Como se ha dicho alguna vez, la única posibilidad de sobrevivir en un sistema de comercio abierto y libre es estar permanentemente al día en cuanto a los adelantos de la técnica. Pero el pensamiento y la investigación son seguramente los lujos más caros de una sociedad de consumo.

Para superar estos inconvenientes —especialmente teniendo en cuenta que muchas “*ricercas*” pueden servir a varias empresas— se apela a la creación de una filial común, que aliviará, como es evidente, los esfuerzos y dará posibilidades de aprovechar de sus adelantos.

e) *Objeto temporario.* En realidad, al comienzo dijimos que la filial común servía generalmente a los acuerdos de colaboración que estaban destinados a tener cierta estabilidad o perdurabilidad. Para utilizar una metáfora, diríamos que se trata de un matrimonio empresario, o sea, la institucionalización del propósito de actuación en términos igualitarios por dos empresas.

Al contrario, las *joint ventures* o los *agrupamientos de colaboración empresarial* tal como nosotros los concebimos, responderían más bien a los acuerdos de colaboración, pero a desenvolverse dentro de un marco de precariedad o transitoriedad.

También advertimos que nos estábamos manejando en hipótesis económicas, todo lo que daba cierto grado de relatividad a las generalizaciones, ya que los caprichos de la realidad superan con creces a todos los intentos de esquematización dialéctica.

Aquí encontramos un ejemplo de lo que venimos exponiendo. La filial común, a veces, también es un instrumento idóneo para vehiculizar la realización de un objeto temporario o transitorio entre dos sociedades, aunque, es bueno reconocerlo, no se trata, sin duda, del caso más frecuente.

Esto sucede generalmente cuando el *opus* u "objeto" a cumplir reviste gran envergadura económica, tal como sería, verbigracia, la construcción de una ruta o de una presa que demandaría un esfuerzo importante y por lo mismo las partes pueden considerar apropiado instrumentar la colaboración mediante la constitución de un ente societario, siempre y cuando puedan proporcionar los elementos necesarios para ello.

f) Por último, la filial común puede llegar a ser el anticipo de una futura fusión entre dos empresas. Como lo expresa magistralmente Champaud <sup>66</sup>, se trataría de una suerte de "matrimonio de ensayo", donde las dos personas experimentan cómo sería la renuncia total a la pluralidad formal.

Desde este punto de vista, el instituto en estudio es capaz de dar salida, no sólo a los propósitos de colaboración, sino incluso obtener la absorción por el nuevo ente de las empresas abocadas al logro de los objetivos que hemos reseñado.

Como se apreciará, entonces, la filial común reviste una importancia decisiva dentro de lo que podría llamarse el "derecho de grupo", ya que brinda soluciones estables y seguras dentro del marco institucional, o del derecho societario, a una serie de comportamientos económicos de colaboración que ofrece la realidad contemporánea.

Antes de concluir este punto destinado a delinear el contexto económico de la figura, resta poner de relieve una aguda observación formulada por el jurista francés Bucaille y que de alguna manera completa el esquema de los comportamientos posibles, al menos desde este ángulo que la estamos examinando.

En este sentido —dice el autor de la cita—, a la filial común se puede llegar, bien sea mediante la constitución de una sociedad o por la toma de control igualitario de otra ya "existente". De manera que no median fórmulas fijas o estereotipadas del fenómeno, el que puede desenvolverse con absoluta fluidez y libertad.

De la misma manera, nada obsta a que una filial ordinaria pase a ser "común", siempre, claro está, que se establezcan las pautas

<sup>66</sup> Ob. cit., p. 270.

exigidas para que tal situación se configure en el plano jurídico económico.

A esta altura del desarrollo del tópico estamos ya en condiciones de ensayar, no digamos una definición, pero sí al menos marcar los rasgos esenciales que la distinguen como figura autónoma dentro del "derecho de grupos".

A este respecto diremos que la filial común es el acuerdo de colaboración que celebran dos o más sociedades en virtud del cual adquieren el control igualitario de una sociedad con el fin de alcanzar objetivos económicos generalmente estables o de cierta duración.

Otros autores, como Hoppenot, la caracterizan como "una herramienta destinada a realizar el objetivo que dos o más empresas se han propuesto lograr: herramientas que nosotros elaboramos a través de los protocolos y que ensayamos adaptar a cada caso en particular, todo en el esfuerzo de utilizar las estructuras tradicionales del derecho de sociedades que se comprueban en los hechos inadaptadas a la organización y problemas de la filial común"<sup>67</sup>.

Como se advertirá, en nuestra definición o en la del jurista galo, se ponen de relieve los elementos fundamentales que perfilan a la figura como una institución propia del fenómeno de concentración económica en cuanto instrumenta un convenio de colaboración dentro del marco propio del derecho societario. Es decir, los objetivos a lograr se pretenden encauzar por medio de las fórmulas típicas, o sea, dentro del contexto del derecho vigente, aunque cabe acotar que resta aún una referencia específica a la figura.

Una vez precisado el concepto, corresponde examinar los rasgos esenciales que se infieren de él y que identifican a la figura como institución autónoma:

a) Acuerdo. Adviértase que en la definición se habla de un acuerdo, o sea, la conjunción de voluntades de dos o más sociedades existentes.

Es que resulta imposible considerar a la filial común sin hacer referencia previa a este acuerdo que perfecciona el deseo de colaboración igualitaria entre dos o más empresas.

De ahí que podría afirmarse sin hesitación alguna que la filial común comienza en un contrato, presocietario, anterior al derecho propio o específico de sociedades.

Es que imaginar lo contrario sería realmente condenar a esta figura a la incertidumbre de la sola palabra, como cuando dos per-

<sup>67</sup> F. M. Hoppenot, *La filiale comune et le droit français des sociétés*, en *La filiale commune...*, ob. cit. en nota 64.



sonas físicas en razón del conocimiento recíproco llegan a concertar un acuerdo sin firma ni instrumentación alguna. Pero no hace falta abundar en consideraciones para advertir que teniendo en cuenta todos los esfuerzos e inversiones que demanda la constitución de una filial común, este acuerdo igualitario no podría quedar reducido sólo al arbitrio o buena voluntad de sus componentes.

Por ello es que, como lo destaca con toda claridad la doctrina francesa <sup>68</sup>, el protocolo o acuerdo celebrado entre las sociedades dispuestas a perfeccionar el propósito igualitario de controlar otra sociedad, constituye lo que podría llamarse como "el alma" de la filial común. En él se inscriben a semejanza de lo que ocurre en los estatutos societarios, todos los derechos y obligaciones, de cada una de las partes, tanto en lo que respecta a la proporción en las participaciones de poder, como en lo relativo a la administración, rescisión, exclusión, retiro, etc.

En una palabra, la colaboración vehiculizada por intermedio de la adopción de fórmulas societarias clásicas demanda necesariamente una reglamentación previa, ya que de admitirse la posición contraria, todo esto resultaría por demás efímero, volátil y quizá hasta temerario.

Es claro que con respecto al protocolo pesan dos grandes interrogantes: uno está referido a su contenido, el que como es obvio tendrá que revestir las condiciones generales que delimitan a la figura y al mismo tiempo establecer ciertas pautas propias del convenio considerado como una individualidad o relacionado al caso concreto.

En segundo lugar, se plantea la cuestión de saber hasta qué punto estos pactos son válidos frente a una serie de normas de orden público que establecen los límites necesarios de las estructuras societarias clásicas. Es decir, muchas de las cláusulas que demanda la constitución de una filial común pueden estar en pugna con disposiciones concretas del derecho común, problema muy interesante y que de alguna manera condiciona sustancialmente la existencia misma de la figura y su función económica.

Pero de ambos temas nos ocuparemos más adelante. Por ahora, para no perder el hilo conductor del desarrollo del punto, pasaremos a considerar otro de los elementos que se desprenden de la caracterización dada recientemente.

b) De colaboración. Se ha aludido suficientemente sobre el particular. El fenómeno de concentración motoriza las relaciones intersocietarias mediante dos comportamientos básicos, el de subordina-

<sup>68</sup> Ob. cit., nota 64.

ción y el de colaboración. La filial común forma parte sin ninguna duda del segundo, ya que se trata de formalizar fórmulas legales que permitan la conjugación de esfuerzos en condiciones de paridad.

De no mediar esta proporción económica, que a veces está dada en función de las potencialidades de cada una de las empresas contratantes, y otras, al contrario, emana del objetivo en común, o sea que se infiere de la naturaleza misma de lo que se quiere realizar, resulta imposible concebir la existencia de la filial común. Ya se verá con más detenimiento la repercusión que tienen estos conceptos cuando se entre en detalles sobre el tópico.

c) Pluralidad de miembros. Aplicando el concepto de sociedad comercial donde la pluralidad de miembros pasa a ser una nota constitutiva de su configuración ontológica, de la misma manera no hay filial común si no existe al menos dos o más sociedades dispuestas a poner en marcha un programa de actuación conjunta.

Y cuando hablamos de pluralidad lo estamos haciendo en términos económicos, ya que media una diferencia importante con lo que la doctrina denomina "subfilial", o sea, cuando la aparente filial común está formada por dos empresas que a su vez son controladas por una tercera o por un grupo. Como se apreciará, aquí no se dan las condiciones de pluralidad de miembros en sentido económico aunque las haya desde un punto de vista estrictamente jurídico.

Por lo mismo que la filial común viene a formalizar la tan mentada "sociedad de sociedades", siempre generará un cúmulo de relaciones —que son justamente su temática— que gira en torno de tres entidades colectivas por lo menos, dos o más controlantes y la controlada o filial.

Desde esta angulación, el estudio de la figura penetra dentro de lo que se denomina genéricamente el "derecho de grupos" en cuanto plantea todos los problemas propios de tal signación como se verá también más adelante.

d) Toma de control. Se ha dicho en otra oportunidad que existen dos formas básicas de control; el externo o económico y el interno o jurídico. No es el caso que se vuelva sobre esta discusión que con tanta solvencia técnica ilustró la doctrina italiana.

Es evidente que el control jurídico, tal como lo define la Ley de Sociedades en el art. 33, consiste en la adquisición por parte de una sociedad de las participaciones societarias en otra como para imponer la voluntad social; o sea, que el control se exterioriza por la disponibilidad de las acciones o cuotas sociales suficientes para gobernar la sociedad sometida.

No hay ninguna duda que la filial común presupone este tipo de control, básicamente, ya que es el instrumento necesario para poder lograr los objetivos comunes de colaboración interempresaria. El rasgo sobresaliente radica en que en la filial común el control es ejercido por una pluralidad de sujetos.

Cabe, en cambio, formularse el interrogante con respecto al control económico: es decir, si puede construirse una filial común por este otro procedimiento.

La respuesta debe ser afirmativa, aunque es necesario reconocer que no será, por cierto, el caso más frecuente. En estos temas, imbuídos de fuertes tonalidades económicas, debe estarse siempre atentos a la realidad, ya que ésta ofrecerá con toda riqueza un número considerable de supuestos que muchas veces ni la imaginación del jurista o del legislador pueden prever. Pero, reiteramos, si se acepta el control ordinario externo o económico para la sociedad controlada corriente, nada obsta a que esto se transforme en una herramienta también válida para la filial común.

Otro problema vinculado con el control es el siguiente. A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, nuestro país se ha enrolado dentro de la tesis de no tarifar necesariamente determinada mayoría (51 % o 66 %), sino que basta que se pueda imponer la voluntad social, cualquiera que sea el número de acciones de que se disponga. Bien es sabido que es factible lograr el control de una sociedad con sólo disponer participaciones insignificantes con respecto al total emitido como sucede con notable frecuencia en las grandes sociedades anónimas debido al abstencionismo asambleario.

En este sentido, estos principios tienen plena vigencia en lo que respecta a la filial común. De ello se deduce que caben accionistas "*hors groupe*", o sea, minoritarios o intrascendentes con respecto a los controlantes: esto sucede generalmente cuando se adquiere el control de una sociedad ya existente en vez de crear una nueva sociedad.

Como es natural, desde este punto de vista, y sobre todo ante la presencia de accionistas ajenos a los propósitos de colaboración de la filial común, caben todos los problemas propios del grupo, ya que de alguna manera estos movimientos económicos pueden llegar a afectar seriamente sus derechos. Algo semejante puede ocurrir con los terceros o acreedores de la filial común, con respecto a quienes se deberá aplicar sin ninguna duda todas las herramientas válidas para corregir los abusos que pueden deducirse de un empleo incorrecto del recurso técnico de la personalidad.

En resumen, el hecho de que el control sea igualitario o compartido por dos empresas no excluyen, a nuestro juicio, para nada toda la temática propia del agrupamiento societario, tanto en su faz positiva como en la negativa.

e) Conjunción o igualdad del control. A diferencia de lo que se pasa en el control ordinario —herramienta de la subordinación—, en la filial común se configura un “control conjunto”, compartido, igualitario entre dos empresas y por eso mismo constituye una herramienta válida de la “colaboración” entre sociedades.

Ninguna de las sociedades puede por sí misma disponer del control, porque de darse tal circunstancia excluiría básicamente la posibilidad de la “filial común”. De ello se deduce que cualquier alteración que pueda advertirse a este respecto, de forma tal que pueda elaborarse una “mayoría” unificada, bastaría para que desaparezca la filial común.

De alguna manera esta conjunción esencial del control se infiere de la pluralidad de miembros, ya que no habría razones económicas para que se estructurase de otra forma.

Pero la toma del control, además debe ser igualitaria. Generalmente se divide 50 x 50 o 33 x 33 x 33 o 25 x 25 x 25 x 25, etc. Es decir, se organiza el control de la filial sobre condiciones de paridad, ya que es el único procedimiento válido para que sirva como vehículo de colaboración intersocietaria.

Pero esta igualdad no emana solamente ni necesariamente de la distribución proporcional de las participaciones accionarias. También puede lograrse mediante “participaciones en la actividad” concretadas por diversos comportamientos económicos.

En este sentido, puede conseguirse esta paridad necesaria por medio de aportaciones de clientela, instalaciones, servicios, todo lo que permite, incluso, hasta la misma combinación de las distintas posibilidades, siempre que el resultado sea lograr unas bases compartidas e igualitarias de colaboración interempresaria.

La igualdad, entonces, no depende de una composición simétrica de las participaciones, sino de una manera mucho más elástica o flexible, esto es, mediante la utilización de todos los procedimientos posibles y que hemos reseñado recientemente.

Al comienzo del tema se especificó que la filial común importaba una metodología de concentración por colaboración que se desenvolvía dentro del marco del derecho societario. Por ello cabe formular algunas consideraciones sobre las formas o solemnidades

exigidas para su constitución o implementación dentro del mundo de los negocios.

En este sentido, debe sentarse un principio absoluto y que está referido a la libertad de que disponen los componentes del negocio de cooperación para escoger el tipo que deseen, es decir, a este respecto no existen limitaciones de ninguna especie y, en consecuencia, la filial común puede revestir el ropaje, tanto de una anónima, como de una colectiva, sociedad de responsabilidad limitada, etc., etc.

Como es obvio, lo más frecuente serán las sociedades que importen una limitación de la responsabilidad, y esto se advierte con toda evidencia en Francia cuando se trata de elegir entre la figura en estudio y los grupos de interés económico, que según el pensamiento de Hoppenot despiertan gran prevención, que está dada sin ninguna duda por la ilimitación de la responsabilidad.

Como hemos visto, toda la temática de la filial común gira en torno de lo que la doctrina llama "protocolo", o sea, el contrato que perfecciona un acuerdo igualitario para el ejercicio del control conjunto de la filial común. Por eso se puso énfasis en señalar que de alguna manera este protocolo sirve de base convencional al negocio societario; es decir, la filial nace en un momento anterior al derecho específico, pero evidentemente repercute en forma absoluta tanto en lo relativo a su estructura interna como a la externa.

Sin la existencia de este protocolo el instituto sería inconcebible en términos prácticos, ya que nadie se arriesgaría a poner en movimiento organizaciones como las reseñadas, asentándolas sólo en la buena voluntad de sus componentes.

Por todas estas razones merece avanzar un poco en lo que respecta a la mera enunciación o descripción superficial del problema para dilucidar el contenido de un acuerdo protocolar como se lo ha reseñado precedentemente, y luego determinar su repercusión dentro del campo de las normas propias del derecho societario.

Como es natural, los dos problemas están íntimamente vinculados, ya que no es nuevo en doctrina ni tampoco la jurisprudencia ha sido omisa en considerar la legitimidad de estos pactos presocietarios y su incidencia, con relación a las estructuras clásicas de nuestras formulaciones asociativas.

Así las cosas, y tomando como base un convenio tipo tomado de la realidad francesa<sup>69</sup>, describiremos los grandes lineamientos,

<sup>69</sup> Ob. cit., nota 64, p. 13.

los pilares sobre los cuales puede edificarse un convenio, para la creación o implementación de una filial común:

a) Objeto. Lo primero que debe especificarse con toda precisión es el objeto que motiva el pacto de colaboración interempresario. Generalmente en este rubro se utiliza la experiencia de las sociedades integrantes del convenio, de forma tal que se aproveche un renglón, o un aspecto de una explotación industrial o comercial afín, pero sin que se haya trabajado anteriormente.

b) Igualdad. El contrato instrumenta un pacto en condiciones de igualdad, paridad que se exterioriza en la proporción de participaciones societarias que quedarán en mano de cada empresa para ejercer el control sobre la filial común.

c) Unanimidad. De este principio se desprenden algunas consecuencias. Si el control se ejercerá en condiciones de igualdad, todo acto que importe una toma de decisión será cumplido por la regla de la unanimidad, unanimidad que por lo demás se infiere como consecuencia inexorable del igualitario o conjunto control.

d) Libertad de aportación. Cada parte se reserva el derecho de aportar establecimientos, maquinarias o elementos de producción de cualquier tipo, con las limitaciones que se acuerden en el caso particular. Igualmente se comprometen al intercambio de conocimientos técnicos o de experiencias de producción.

e) Repartición igualitaria de los riesgos. Los riesgos, deudas y empréstitos de los organismos a crear serán soportados por partes iguales. En la misma medida se participará en los resultados anuales derivados de la cooperación.

Está previsto, sin embargo<sup>70</sup>, que antes de la repartición de los beneficios los socios pueden tener en cuenta la producción de cada usina o también toda otra consideración que se haya efectuado para lograr el equilibrio inicial.

f) Capital. Ya en lo que respecta a la estructura interna de la filial común, los aportes de capital, como sus respectivos aumentos, serán efectuados también por mitades o en la proporción que otorga la posibilidad de un acuerdo de colaboración.

g) Cesiones de las participaciones. Como es lógico, estará prohibida toda cesión aunque sea parcial, que rompa el equilibrio inicial, salvo el acuerdo específico de la cocontratante.

Las cesiones de acciones dentro de un mismo grupo no deben ser obstáculo, siempre que se mantenga el principio de la igualdad.

<sup>70</sup> F. M. Goret, *Rapport* presentado al Coloquio de París del 20-21-22 de febrero de 1975, ob. cit. en nota 64, p. 20.

Si por alguna circunstancia es menester la incorporación de un tercero, las partes contratantes se desprenderán en igual proporción de sus participaciones, de forma tal que el ingresante quede en las mismas condiciones que los socios primitivos.

Existe derecho de preferencia en todos los casos donde uno de los socios quiera vender, arrendar o disponer la explotación de la empresa.

h) Órganos de dirección. De todo lo expuesto hasta el presente, y sobre todo si la filial común se edifica sobre términos de participaciones financieras igualitarias, debe existir idéntica "comunidad de gestión".

De esta forma los órganos de dirección deberán ser constituídos por partes iguales y las decisiones deberán adoptarse por mutuo acuerdo. El presidente del directorio no tendrá voz preponderante. Los poderes del presidente, director general, deberán estar reducidos a los actos de gestión corriente u ordinaria.

Existirá rotación en el ejercicio de la presidencia de forma tal que haya una alternancia perfecta entre los socios. Si conjuntamente existe un director general, éste será elegido por el socio que no ejerce en ese momento la presidencia.

i) Creación de organismos de control de la igualdad. Las partes se comprometen a crear y mantener todos los organismos o estructuras de vigilancia necesarias e investidas de los poderes suficientes como para hacer respetar el protocolo inicial.

j) Duración y modalidades de rescisión. El tiempo de duración estará unido inexorablemente con el objeto a lograr mediante el acuerdo de colaboración. Tendrá que ser lo suficientemente prolongado como para justificar las condiciones de perdurabilidad que en la generalidad de los supuestos distingue a la filial común.

En segundo lugar, el protocolo debe contener, como todo contrato, los mecanismos convencionales para dejar sin efecto el trato cuando haya habido incumplimiento de una de las partes o por cualquier otra causal que la autonomía de la voluntad juzgue apropiadas para el negocio subyacente.

Igualmente debe preverse el retiro o exclusión de una de las sociedades participantes, que también quedará supeditado, como es obvio, a las modalidades propias de la empresa a realizar en conjunto.

k) Arbitraje. Por último, en estos protocolos se advierte con insistencia la creación de un organismo de arbitraje de forma tal que los conflictos que puedan suscitarse entre las partes con motivo de su aplicación encuentren solución dentro de un ámbito seguro, rápido y eficaz.

En el punto precedente se ha perfilado lo que podría denominarse como el contenido del protocolo o acuerdo básico en virtud del cual se sustenta una filial común.

Queda por ver ahora los límites de este convenio, el cual, tal como se destacó, se ubica en un plano presocietario, es decir, con anterioridad al tipo que hará de vehículo de la filial común.

El problema consiste en establecer las fronteras que hacen las veces de dique de contención de todos estos comportamientos colaborativos cumplidos en el marco del derecho societario, ya que cabe demandarse acerca de la licitud de tales concertaciones o convenios.

La respuesta, a nuestro criterio, no varía de la que en otras oportunidades diríamos en situaciones semejantes. Las instituciones no tienen valor por sí mismas sino en cuanto son instrumento de la conducta humana. Nadie podría acordarles bondades o maldades ínsitas, sino referidas siempre a una confrontación ética.

En consecuencia, nada obsta a reconocer la plena validez de estos protocolos o convenios, claro está, siempre que no contravengan la ley o incurran en cualquier tipo de ilicitud.

No pretendemos agotar el tema, pero delinearemos al menos en sus rasgos más sobresalientes los problemas o cuestiones que pueden suscitarse a este respecto.

a) La primera valla, y quizá la de mayor trascendencia, es la que llamaríamos el ámbito propio de la juridicidad. No se necesita de mayores argumentaciones para advertir que el objeto de todo negocio no debe trasgredir la ley, la moral y las buenas costumbres, tal como lo destaca con magistral sapiencia el viejo art. 953, C. Civil.

Y al hablarse de ilicitud lo hacemos en su concepción objetiva —como contraposición entre la conducta y la norma— y al mismo tiempo y en su acepción lata, o sea, con relación al plexo normativo considerado en su integridad.

Por ello, no creemos necesario enumerar todas las circunstancias posibles. Si la filial común encubre un pacto monopólico, o sea, para eludir las leyes de la libre competencia, evidentemente que caerá dentro de los alcances de esta sanción. En igual sentido serán de aplicación todos los dispositivos que prohíban un accionar ilícito.

b) El segundo gran problema lo constituyen los inconvenientes que pueden derivarse del hecho de la agrupación. La filial común está sometida al control conjunto e igualitario de dos sociedades, pero ello no obsta a que exista desde este punto de vista una subordinación de la persona jurídica a los designios de sus controlantes.



Se genera así lo que la doctrina cataloga con tanta exactitud como una alteración básica de los intereses categoriales, y en cuanto el "grupo" (empresas controlantes) constituye una realidad económica dentro de la cual se desenvuelve la filial con condiciones de subordinación.

En consecuencia, encontraremos aquí también el mismo problema general cuya denominación genérica podría ser el de utilización regular de la persona jurídica.

De esta manera, si el control se torna abusivo, si como consecuencia de los objetivos a alcanzar a través de la filial común y por el empleo de un control abusivo se desnaturaliza la *ratio legis* de la personalidad, se infringe la ley o se perjudica a terceros, se caerá en las cuestiones propias del "abuso", y por lo mismo será pasible de las responsabilidades propias de esta situación.

De la misma manera que sucede en el control por subordinación que tipifica a la "filial ordinaria" o a la "subfilial" si el control conjunto es abusivo, aparecerá *ipso facto* la ilimitación de la responsabilidad del grupo, ya que dentro del contexto legal sólo se admite el control lícito o regular.

En definitiva, si la alteración del sustrato reviste la gravedad exigida por la ley, vendrán las consecuencias clásicas por haberse alterado la "condición de existencia" a que es acreedora como *conditio sine qua non* toda persona colectiva desde el momento que se la reconoce como sujeto de derecho con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 32, Cód. Civil).

Nada impide, entonces, que renazca la responsabilidad grupal frente a terceros; que sea factible aplicarse la extensión de la quiebra de la controlada a las controlantes; que se impute responsabilidad personal de los directores por falta de "lealtad" para con la filial, etc., etc., siempre, reiteramos, que se concreten en la realidad auténticas y probadas situaciones de abusos de poder sobre la filial común.

c) Por último, no debemos dejar de mencionar que el protocolo constituye un convenio que si bien perfecciona un acuerdo igualitario de control y que en ello nada hay de censurable, se inserta dentro de un sistema rígido de estructuración de los tipos societarios, todo lo que pone sin ninguna duda un nuevo vallado a él.

El convenio, entonces, no puede afectar los principios fundamentales en virtud de los cuales se organizan los diversos tipos societarios, y en este sentido debe actuarse con extrema prudencia, ya

que pueden encontrarse algunos supuestos de mucha complejidad e incertidumbre.

En este sentido debe examinarse si algunas de sus cláusulas —que persiguen generalmente instrumentar la paridad de fuerzas en el ejercicio del control— afectan la libertad de voto de los accionistas, importan convenios improcedentes sobre la designación de presidente del directorio, establecen condiciones personales de los directores o imponen un reparto de los puestos en la administración de la sociedad.

Es decir —y no pretendemos adentrarnos en este terreno que daría por sí solo para abundar en consideraciones—, que la filial común debe enmarcarse dentro de los andariveles de la ley, y funcionando regularmente puede llegar a prestar señalados servicios a la concentración económica de nuestros días.

### *Conclusión.*

Habiendo concluido el tratamiento de la *filial común*, corresponde que dejemos expresada la segunda parte de nuestra ponencia.

1. — La *filial común* es un modo de colaboración interempresaria que se desenvuelve dentro de los marcos del derecho societario.

2. — Ello le brinda todas las ventajas que devienen del empleo regular del instrumento técnico de la personalidad societaria. Al mismo tiempo, y por estas mismas razones, su empleo está reservado para acuerdos dotados de cierta perdurabilidad en el tiempo y que cuenten, además, con todos los elementos esenciales para la existencia de una sociedad comercial.

3. — Es evidente que la *filial común* necesita basarse en un acuerdo o protocolo, presocietario, que regulará la paridad en su control.

4. — Como es obvio, estos contratos instrumentan un control conjunto e igualitario de las dos sociedades básicas con respecto a la *filial común*. En consecuencia, aunque con las modalidades propias del caso, deben observarse las prescripciones previstas en la Ley de Sociedades para las sociedades controladas.

5. — Desde este punto de vista, la *filial común* integra las instituciones propias de la agrupación de sociedades y, por lo mismo, ya que se propicia una regulación normativa específica del fenómeno, allí deben establecerse pautas básicas de constitución y funcionamiento.